

FIXAÇÃO DE PREÇO DE REVENDA MÍNIMO NO CADE: O CASO SKF

CÉSAR MATTOS

Doutor em economia. Ex-conselheiro do Cade.

ÁREA DO DIREITO: Financeiro e Econômico

RESUMO: O Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) em 2013 condenou uma conduta de Fixação de Preço de Revenda mínimo (FPRm) implementada pela SKF do Brasil. A despeito de não se propor uma regra *per se*, a sinalização foi de que o Cade implementará uma regra da razão bastante estrita. Presume-se que a conduta é sempre danosa à concorrência, sendo o ônus da parte provar que houve eficiências. O artigo tem dois objetivos. Primeiro, avaliar a decisão do Cade à luz da teoria econômica da FPRm, indicando tratar-se de um retrocesso para o antitruste brasileiro. Critica-se não apenas o rigor excessivo da nova abordagem do FPRm no Cade, como também o tratamento inadequado do papel do poder de mercado, tanto unilateral como coordenado, no caso. Segundo, revisamos artigo do autor sobre o mesmo tema publicado em 2001 na *Revista do Ibrac* que indicava que a única possibilidade de o FPRm ser anticompetitivo seria quando tal conduta fosse instrumento para coordenar um cartel. No entanto, a nova teoria que prevê racionalidade à ideia de fechamento de mercado por integração vertical inclui a possibilidade que o mesmo efeito anticompetitivo possa ser gerado por FPRm. Isto implica que esta conduta pode ser o resultado tanto do abuso de poder de mercado coordenado como unilateral.

PALAVRAS-CHAVE: Fixação de preço de revenda – Regra da razão – Poder de mercado unilateral e coordenado – Fechamento vertical.

ABSTRACT: The Brazilian Competition Authority (Cade) has condemned in 2013 a case of minimum Retail Price Maintenance (mRPM) implemented by SKF do Brazil. Although it was not a decision in favor of a *per se* rule to mRPM, Cade pointed that it will implement a very strict *rule of reason* approach. Cade assumes that the conduct is always harmful to competition and that the defendant has the burden of proof to show its efficiencies and that it compensates those negative impacts. This article has two goals. First, to address Cade's decision in light of the economic theory of mRPM, arguing that this was a setback to Brazilian antitrust. We criticize not only the excessive rigor of the conduct analysis, but also the inappropriate treatment of the role of unilateral and coordinated market power in the case. Second, we review an author's article from 2001 in this *Revista do Ibrac*, which indicated that mRPM could only be anticompetitive if it helped to support a cartel. However, the new theory that provides rationality to the idea of market foreclosure by means of a vertical integration includes the possibility that the same anticompetitive effect can occur by means of an mRPM. The main implication of this rationale is that the mRPM can be the result not only of an abuse of coordinated market power, but also unilateral.

KEYWORDS: Retail price maintenance – Rule of reason unilateral and coordinated market power – Vertical foreclosure.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. A hipótese de racionalidade em economia, na análise antitruste e no FPRm – 3. FPRm e poder coordenado de mercado: 3.1 A teoria econômica e os cartéis de fornecedores e revendedores no FPRm; 3.2 O poder coordenado no artigo de 2001; 3.3 O caso SKF e o poder coordenado – 4. Poder de mercado unilateral e FPR: 4.1 O FPRm apenas pode ser anticompetitivo quando suporta cartel?; 4.2 FPRm anticompetitivo por poder unilateral de mercado na nova teoria de fechamento vertical; 4.3 FPRm como conduta exclusionária e o caso SKF; 4.4 Poder unilateral no caso SKF – 5. Eficiências e o FPRm: 5.1 Teoria das eficiências do FPRm; 5.2 Eficiências no caso SKF – 6. Caso Everest: uma jurisprudência *mais ou menos* anterior a SKF – 7. FPRm: regra da razão *vs. per se* – 8. Conclusão.

1. INTRODUÇÃO

O¹ Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) em 2013 condenou uma conduta de Fixação de Preço de Revenda Mínimo (FPRm) implementada pela SKF do Brasil² relativa a rolamentos, retentores, graxas, lubrificantes, ferramentas em geral, equipamentos de monitoramento, dentre outros. O voto vencedor do julgamento foi escrito pelo conselheiro Vinicius Carvalho, em vistas ao voto do rel. Conselheiro César Mattos, que havia votado pela não condenação.³ Foi fixada multa de 1% do faturamento do ano anterior, o mínimo legal no caso de condenação com base na lei anterior, Lei 8.884/1994.

O FPRm constitui uma conduta aparentemente paradoxal, o que é um resultado direto do conhecido problema de “marginalização dupla”, assim descrito pela Organização para a Cooperação de Desenvolvimento Econômico – OCDE (2008)⁴ em uma importante resenha sobre o tema que será bastante explorada neste artigo:

“RPM may seem like a puzzling practice since it is ordinarily in a manufacturer’s interest to minimize dealer profits, not enhance them. That is, a manufacturer should prefer the lowest retail prices because they will correspond to consumer demand that is as large as possible. Greater demand at the retail level translates into

-
1. Gostaria de agradecer a Jorge Fagundes por comentários a uma versão preliminar deste artigo. Os erros porventura existentes são de responsabilidade exclusiva do autor.
 2. Proc. Administrativo 08012.001271/2001-44. Todos os votos aqui mencionados podem ser encontrados em [www.cade.gov.br/Default.aspx?a8889b6caa60b241d345d069fc].
 3. Votou com o relator, apenas o Conselheiro Olavo Chinaglia. Votaram com o Conselheiro Vinicius Carvalho, os Conselheiros Fernando Furlan, Marcos Verissimo, Eduardo Pontual e Ricardo Ruiz, todos com seus próprios votos de vista.
 4. OCDE: *Roundtable on resale price maintenance*. DAF/Comp (2008) 37.

greater demand at the wholesale level. One would therefore expect manufacturers to encourage low prices and competition among distributors".

Assim para que os fornecedores tenham interesse em implementar um FPRm, deverão haver outros efeitos derivados da prática que compensem esta perda mais direta de lucros. Como veremos, a natureza destes efeitos é que definirá se o FPRm gera um efeito líquido positivo ou negativo.

Em 2001, escrevemos uma resenha sobre o FPR.⁵ Um dos principais pontos levantados era o choque entre a jurisprudência antitruste dos tribunais e agências de concorrência com a análise econômica da conduta. De um lado, as autoridades de concorrência sempre trataram o FPRm de forma bastante estrita, inclusive por um padrão de ilegalidade *per se* nos EUA a partir do famoso caso Dr. Miles Medical de 1911.⁶ Esta postura deriva da intuição inicial sobre a prática: como a essência do FPRm é aumentar o preço, a conduta geraria prejuízo inequívoco ao consumidor.

De outro lado, a teoria econômica aponta que, apesar de haver prejuízo potencial da FPRm, em boa parte dos casos a conduta seria eficiente, especialmente considerando o incentivo à melhoria da qualidade de atendimento pelos revendedores. Esta melhoria tornaria mais competitiva toda a revenda daquela marca do fornecedor que pratica o FPRm, incrementando a concorrência com outras marcas nesta dimensão da qualidade de atendimento. Ou seja, a limitação da concorrência intramarca por preços pela fixação de um piso para os revendedores poderia favorecer tanto a concorrência intramarcas (entre os revendedores da mesma marca) como a intermarcas (entre marcas diferentes) em dimensões não preço como a da qualidade de atendimento.

Este conflito da jurisprudência internacional, com grande incidência da ilegalidade *per se*, e da teoria econômica, mais inclinada a apregoar uma análise custo-benefício baseada na regra da razão, se atenuou com o julgamento pela Suprema Corte Americana em 2007 do caso Leegin Creative Leather Products. Neste caso se reverteu o entendimento anterior de Dr. Miles, passando os EUA a analisar o FPRm com base na regra da razão.

O caso SKF no Brasil, apesar de não constituir uma proposição de ilegalidade *per se strictu sensu*, sinaliza com um endurecimento significativo do tratamento da conduta no país, inclusive em relação a outras restrições verticais, cuja magnitude ainda não é clara.

5. MATTOS, César. Fixação de preços de revenda (*resale-price maintenance – FPR*): elementos para um roteiro de investigação. RIBRAC 8/27. São Paulo: Ed. RT, 2001.

6. Ver a revisão mais completa da jurisprudência americana no voto de vista do conselheiro Vinicius Carvalho.

De um lado, o voto do então Conselheiro Vinicius Marques procura mostrar que havia poder coordenado e, eventualmente, poder unilateral da SKF, o que seria uma condição necessária para que a conduta fosse considerada anticompetitiva. De outro lado, o voto do conselheiro Marcos Veríssimo aponta que no caso do FPRm nem seria preciso demonstrar poder de mercado. A malignidade do FPRm seria presumida e as eficiências deveriam ser maiores que os prejuízos da conduta, o que precisaria ser demonstrado pela empresa, implicando transferência do ônus da prova. Dadas as dificuldades usuais acerca da demonstração da existência e magnitude das eficiências, este padrão de análise seria muito próximo de uma ilegalidade *per se* na prática.

O objetivo deste artigo é duplo. Primeiro, o caso SKF abre um espaço para uma atualização e mesmo uma revisão de alguns pontos do nosso artigo de 2001.⁷ Segundo, aplicar esta análise à visão predominante do Cade no caso SKF. A segunda seção insere a discussão sobre racionalidade em economia e, por conseguinte, em antitruste, o que será um insumo relevante para a análise procedida pelo Cade neste caso. A terceira seção destaca a teoria do potencial efeito negativo do FPRm com base no poder coordenado de mercado que viabilizaria comportamentos cartelizados tanto no segmento a montante como a jusante. Esta discussão teórica será aplicada ao caso SKF. A seção IV discute a avaliação do FPRm com base no poder unilateral de mercado, acrescentando as hipóteses da conduta gerar barreiras à entrada ou ser utilizada para “restaurar” o poder de mercado a montante, em linha com a nova teoria de fechamento vertical. Mais uma vez, investiga-se a aplicação destas hipóteses ao caso SKF. A seção V revê a análise das potenciais eficiências compensatórias do FPRm, especialmente baseadas no incentivo à qualidade de atendimento da revenda, aplicando a teoria ao caso SKF. Discute-se um precedente no Cade na seção VI havido no caso Everest em que não se condenou o FPRm, com base em uma típica (e adequada) regra da razão. A seção VII contrapõe as regras *per se* e da razão na análise da conduta de FPRm, concluindo pela inequívoca superioridade desta última. A seção VIII conclui.

2. A HIPÓTESE DE RACIONALIDADE EM ECONOMIA, NA ANÁLISE ANTITRUSTE E NO FPRM

A solução do conflito entre a jurisprudência e a análise econômica do FPRm algumas vezes descamba para a negação da hipótese de racionalidade. Afinal,

7. Não avaliaremos aqui o FPR máximo usualmente considerado como positivo para o bem-estar, corrigindo o problema de marginalização dupla.

se falta racionalidade econômica à conduta que se deseja condenar, sublima-se a necessidade desta hipótese!

Este é um debate muito conhecido e pouco compreendido sobre a adequação da hipótese de racionalidade em economia.⁸ A crítica mais badalada da atualidade vem do nobel Daniel Kahneman⁹ que justamente ganhou o prêmio em função de seus experimentos na área de psicologia que relativizam a hipótese de racionalidade. Embora muito da pesquisa do autor diga respeito à racionalidade da escolha individual, uma parte deste trabalho inclui o próprio mundo das empresas. Kahneman (2011) usa, por exemplo, a estatística de sobrevivência de empresas nos EUA nos primeiros cinco anos que atingiria apenas 35%, o que demonstraria um claro viés de otimismo em excesso.¹⁰

Cabe relemburar, no entanto, o importante ponto de Alchian (1950)¹¹ de que a própria competição gera um processo evolutivo em que os que sobrevivem afinal são, em média, os que possuem um padrão de comportamento racional maior que os outros. A necessidade de sobreviver na competição do mercado (ilustrada na própria estatística de 35% de Kahneman), diferentemente do comportamento do consumidor, tornaria o apelo da hipótese de maximização muito maior. Ou seja, mesmo aceitando-se que a hipótese de racionalidade seja quebrada para um grande conjunto de indivíduos ou mesmo organizações, ela se torna bem mais aceitável para os agentes econômicos “empresas”. Bailey (2011)¹² destaca este comportamento diferencial da racionalidade empresarial:

“There is less empirical evidence that firms systematically deviate from profit-maximizing behavior. Two arguments are usually raised for treating a firm as a rational, profit-maximizing entity. First, firms may have access to a wide

8. Ver LISBOA, M. A miséria da crítica heterodoxa. Primeira parte: sobre as críticas. *Revista Economia Contemporânea* n. 2. Rio de Janeiro: UFRJ, jul.-dez. 1997.

9. Ver KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e devagar: duas formas de pensar*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2011.

10. A crise internacional de 2008 incrementou de forma significativa o questionamento generalizado sobre a hipótese de racionalidade empresarial, especialmente no sistema financeiro. Aqui, no entanto, reconhece-se que a irracionalidade coletiva pode ser plenamente consistente a um comportamento racional individual por parte das empresas.

11. ALCHIAN, Armen A. Uncertainty, evolution, and economic theory. *The Journal of Political Economy*. vol. 58. n. 3. p. 211-221. Chicago: The University of Chicago Press, jun. 1950.

12. BAILEY, Elizabeth M. Challenging the assumptions of modern economics in merger analysis. *Nera Economic Consulting*. winter, 2011.

array of consultants and advisors who can help firms process information and make optimal pricing decisions. Second, firms which stray from profit maximization are unlikely to survive in the long run due to competition.”

Ademais, é de se esperar que em questões mais simples como o prejuízo dos fornecedores derivado da “marginalização dupla” quando os revendedores realizam cartel, o espaço de comportamento racional se amplie. Empresas transnacionais como a SKF devem ter uma propensão ainda maior para comportamentos racionais.

No antitruste, a avaliação do potencial anticompetitivo das condutas está intrinsecamente relacionada à análise de sua racionalidade econômica. É esta última que guiará o investigador no exame do caso. No caso específico do FPRm, por exemplo, a premissa de racionalidade naturalmente conduzirá o investigador à avaliação de cartel de fornecedores ou revendedores.

Leslie (2010),¹³ um professor de direito da Universidade da Califórnia, de outro lado, critica o que seria a atual demanda de racionalidade econômica nas condutas pelos juizes americanos no antitruste, no que seriam (mal) influenciados pela emergência do movimento de *law and economics* nos EUA. Segundo Leslie (2010):

“This conception eliminates potentially valid antitrust claims by elevating theory over fact and by failing to appreciate that behavior that appears irrational can be rational in some circumstances.”

O autor levanta, portanto, o risco de se incorrer no erro tipo II (inocentar um culpado), mas desconsidera que o fato sem teoria pode levar, de outro lado, a um incremento excessivo na probabilidade do erro tipo I (condenar um inocente ou uma conduta eficiente no caso). Não há como hierarquizar *a priori* os dois tipos de erro.

Na hipótese de comportamento anticompetitivo cuja racionalidade não seja percebida pelo juiz, a condenação representaria um verdadeiro tiro no escuro. Como o potencial anticompetitivo é inferido da análise da racionalidade da conduta, a ausência desta última compromete a avaliação do primeiro. Além de comprometer a verificação da própria existência do efeito anticompetitivo, não há como avaliar minimamente sua magnitude, fundamental na calibragem das penas. Este seria um caso em que, em lugar da regra de “em dúvida contra o réu”, caberia ou aprofundar a investigação dos fatos ou melhorar a formação do analista/juiz.

13. LESLIE, C. Rationality Analysis in antitrust. Legal studies research paper Series. n. 2010-9. *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 158. n. 2. jan. 2010

Muitas vezes a crítica à ideia de racionalidade se baseia na evidência que os indivíduos erram. No entanto, como mostra Lisboa (1997) esta (dentre outras) crítica (s) à hipótese de racionalidade resulta(m) do escasso conhecimento sobre a ideia. Conforme o autor, a hipótese de racionalidade “de forma alguma implica que o agente posteriormente não se arrependa do que escolheu”. Ou seja, “não errar” não constitui um requerimento do conceito de comportamento racional. Bailey (2011), aplicando o conceito ao antitruste, enfatiza que, em lugar de simplesmente “não errar”, a hipótese de comportamento racional está mais associada à ideia de que os agentes econômicos firmam “não erram de forma persistente e sistemática”:

“It certainly makes sense that, at any point in time, a firm may make a mistake, thereby deviating from profit-maximizing behavior, or that a firm may embrace short-run objectives and maximize revenue or market share rather than profits. However, the continued reliance by economists on the assumption that firms behave as if they maximize profits is consistent with the empirical evidence. There is little research that provides evidence suggesting that firms deviate from profit-maximizing behavior in a systematic or persistent way. Rather, anecdotal evidence on such deviations suggests that they are non-systematic mistakes or actions by a firm that is attempting to reach an interim goal related to revenues or market share, an objective that would evolve over time to profit maximization.”

Suprimir a hipótese de racionalidade, de fato, nos parece basicamente demolir o edifício sob o qual está assentada toda a análise econômica da concorrência. Afinal, como destaca Hovenkamp (2005)¹⁴ “[t]he entire antitrust enterprise is dedicated to the proposition that business firms behave rationally”. Como se concluiria que o monopolista arbitra preços mais altos que o concorrente? Por que haveria problema de instabilidade dos cartéis? Por que a prova de preços predatórios requer a necessidade de recuperação dos lucros. Enfim, o antitruste prescindiria de economistas!

3. FPRM E PODER COORDENADO DE MERCADO

3.1 A teoria econômica e os cartéis de fornecedores e revendedores no FPRm

No artigo de 2001, salientávamos o fato de que o potencial anticompetitivo da FPRm estaria associado ao poder coordenado de mercado, mais precisamente à existência de uma conduta cartelizada seja de fornecedores, seja de

14. HOVENKAMP, Herbert. *The antitrust enterprise: principle and execution*. Cambridge: Harvard University Press, 2005. p. 134.

revendedores. A FPRm seria, portanto, uma conduta instrumental para um cartel. Como coloca a OCDE (2008), “while both types of RPM schemes are vertical in form, they are horizontal in substance”.

Para os fornecedores que procurassem implementar um cartel, um FPRm permitiria facilitar a fiscalização do cumprimento dos termos do acordo. De fato, sem o FPRm, os fornecedores desviantes poderiam simplesmente argumentar a seus parceiros que a eventual verificação de preços baixos praticados pelos seus revendedores se derivariam da competição acirrada entre estes e não pelo preço mais baixo praticado por aqueles. O FPRm prejudicaria este argumento dos desviantes, tornando mais fácil a detecção do desvio, o que ajudaria na sustentabilidade do cartel.¹⁵

Para os revendedores que procurassem implementar o seu próprio cartel, o apoio do fornecedor como “maestro” do cartel, definindo o menor preço a ser praticado por aqueles, poderia ser decisivo para o sucesso da conduta.

Há, no entanto, dois grandes problemas nesta hipótese de cartel de revendedores, que não estão presentes na hipótese de cartel de fornecedores. Primeiro, a falta de interesse do fornecedor em sustentar o cartel de revendedores, dado o menor lucro a montante gerado pela chamada “marginalização dupla”.¹⁶ Se à margem do fornecedor se agrega a do revendedor, o preço vai além do preço de monopólio e a quantidade cai também abaixo da quantidade de monopólio, gerando queda no lucro do fornecedor (que é, por construção, máximo quando o preço e a quantidade são de monopólio). Na verdade, o ganho de lucro dos revendedores é mesmo menor que a perda do fornecedor, o que implica uma queda na soma dos lucros dos empresários à montante e à jusante quando a revenda puder praticar preços mais elevados. Está longe de haver, portanto, um interesse natural do fornecedor a montante para cumprir o papel de maestro do cartel de revendedores, o que é um corolário natural do aparente paradoxo do FPRm apontado acima. Blair e Kaserman (2009)¹⁷ destacam este conflito de interesses:

15. Para uma introdução à teoria econômica do cartel e o tratamento teórico dos incentivos ao desvio, ver MATTOS, César. Uma introdução à teoria econômica do cartel. In: SCHAPIRO, Mario Gomes; CARVALHO, Vinicius Marques de; CORDOVI, Leonor (coords.). *Direito econômico concorrencial*. São Paulo: Saraiva. 2013. Série Gvlaw Direito Econômico.

16. Ver análise formal da marginalização dupla, incluindo sua correção por FPR máximo ou fixo em Motta (2005).

17. BLAIR, R.; KASERMAN, D. *Antitrust economics*. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2009.

“Why would the manufacturer agree to participate? A dealer cartel that increases the price and decreases the sales of the manufacturer's product will increase the distributor's joint profits while decreasing the manufacturer's profit. In general, the manufacturer's profit is maximized when its dealers charge competitive prices, which is precisely the opposite of what colluding dealers want to achieve.”

Segundo, um cartel de revendedores só pode ser viável se o fornecedor daquela marca sobre a qual incide o FPRm detiver poder de mercado. Caso contrário, a queda nos lucros resultante do maior preço seria particularmente severa em função da migração dos consumidores para outras marcas. Conforme a OCDE (2008):

“RPM will not work very well as a cartel device for retailers if they fail to persuade an adequate portion of manufacturers to implement it. If enough of the industry's capacity remains uncovered by RPM agreements, then consumers will simply switch to brands that are RPM-free.”

Isto gera uma contradição na lógica do FPRm pró cartel de revendedores. De um lado, o FPRm para viabilizar cartel de revendedores requer um fornecedor a montante com razoável poder de mercado para evitar a fuga dos consumidores para outras marcas. De outro lado, quanto mais poder de mercado detiver este fornecedor mais difícil para os revendedores coagi-lo a atuar como coordenador deste cartel. Assim, se for concluído que o FPRm induz um cartel, é mais provável que o faça para um cartel de fornecedores do que de revendedores.

No caso SKF, o Conselheiro Marcos Veríssimo argumenta que quando a demanda do FPRm parte dos revendedores, se tornaria mais suspeita do que quando parte do próprio fornecedor, sugerindo um tratamento de ilegalidade *per se* nesta hipótese.

Não entendemos adequada, no entanto, esta presunção de maior malignidade da conduta de FPRm quando esta é feita pelos próprios revendedores. Afinal, se o fornecedor aceita o papel de “maestro” do cartel na revenda, apesar da marginalização dupla, é muito plausível que o ganho potencial de eficiência, que examinaremos adiante neste texto, deve ser percebido como grande o suficiente para compensar o problema da marginalização dupla.

Uma forma de resolver esta contradição do cartel de revendedores seria adotar a saída levantada pelo conselheiro Ricardo Ruiz neste caso que foi simplesmente assumir que a conduta do fornecedor deve ter sido irracional:

“Em algumas análises noto afirmações de que seria irracional supor que a SKF tivesse o objetivo de promover um cartel de distribuidores, pois isto re-

duziria as quantidades vendidas e reduziria os lucros dos fabricantes. Tendo a concordar com esse argumento.”

Como discutido na seção II, a supressão da hipótese de racionalidade nos parece inadequada no antitruste de uma maneira geral. No caso específico do FPRm, uma intervenção do economista Marvel nos debates ocorridos na OCDE (2008) demonstra com notável precisão (e muita ironia) o contrassenso da supressão da hipótese de racionalidade do fornecedor:

“Professor Marvel equated the position of the EC with the view that the manufacturer doesn’t know what he/she is doing and that it is up to competition authorities to step in. The EC claims that if RPM were allowed the retailer will not do anything beneficial but will pocket the money. In effect the EC is saying: – Manufacturer, you’re an idiot. Why did you do that? But the manufacturer keeps coming back for more. If there are no offsetting efficiencies a higher retailer margin leading to higher retail prices reduces final sales for the manufacturer – and yet the manufacturers keep coming back to say: – Hey, please let me kick myself in the head by raising my prices so I’ll sell less and get nothing back for it whatsoever. Maybe the EC is arguing that competition authorities should protect suppliers from their own foolishness? But why are they repeatedly so foolish?”

Em síntese, defendemos que não se deve avaliar a hipótese de um FPRm demandado por revendedores como presumivelmente pior que um FPRm demandado pelo fornecedor e muito menos como uma ilicitude *per se*.

3.2 O poder coordenado no artigo de 2001

No artigo de 2001, defendemos que o FPRm pode ser anticompetitivo apenas nestas duas hipóteses ligadas ao poder coordenado de mercado: apoio ao cartel dos fornecedores ou dos revendedores. No voto do Conselheiro Vinicius, no entanto, indica-se que haveria neste artigo uma “postura mais ousada” porque “considera inexistir racionalidade econômica da conduta”, sugerindo que a proposta seria de uma legalidade *per se*. Para tirar tal conclusão, o voto do ex-conselheiro cita expressamente uma parte daquele artigo:

“(…) a única forma do FPR de preço mínimo ter propósitos anticoncorrenciais é se o mesmo estiver associado a uma prática cartelizada. (...) os revendedores no mercado *downstream* pressionariam o monopolista no mercado *upstream* para servir de “maestro” do cartel. O único problema desse raciocínio, no entanto, é a falta de interesse do monopolista no mercado *upstream* de viabilizar um cartel no mercado *downstream*, dado que o seu lucro cairá.”

Pela leitura da passagem, de fato, se concluiria que a proposta daquele artigo é de que o FPRm *nunca* poderia ser uma conduta anticompetitiva. No entanto, o problema é que após a palavra “cartelizada” há uma parte em reticências (...) suprimida em que se colocava claramente tanto a hipótese do FPRm suportando um cartel de fornecedores como de revendedores. Reproduzimos a parte suprimida abaixo:

“São basicamente duas, as razões para a utilização do FPR de preço mínimo como um facilitador de cartel no mercado *upstream*:

i) os vendedores podem não conseguir ou ter dificuldade em observar os preços recíprocos, mas podem conseguir ou ter mais facilidade de observar os preços dos seus revendedores como meio de coordenação entre si;

ii) os vendedores podem temer que guerras de preços entre seus revendedores encorajem cada vendedor individualmente a reduzir seus preços, sem que o outro perceba, destruindo o cartel. O FPR preveniria essas guerras de preços.

Há uma razão principal para que o FPR de preço mínimo seja motivado para promover um cartel de revendedores: Quando os mesmos, agindo coletivamente, possuem poder de mercado, mas acreditam não conseguir o grau de coordenação suficiente sozinhos, sem uma ajuda externa. Assim, o monopolista vendedor ou o cartel de vendedores se constituíam na ‘ajuda externa’ mais óbvia dado:

i) a sua própria posição de monopolista do empresário ou do cartel frente aos revendedores;

ii) que o vendedor monopolista ou cartelizado detém muito mais informação sobre cada um dos seus revendedores, tendo em vista que está, frequentemente, transacionando com eles (o que não ocorre normalmente entre os revendedores).”

Ou seja, o artigo admite expressamente a hipótese de FPRm suportando tanto o cartel de fornecedores (o que é negligenciado no voto do ex-conselheiro) como o de revendedores. Neste último caso, no entanto, como desenvolvido na subseção anterior, há uma dificuldade sobre a falta de incentivo do fornecedor em “reger” o cartel de revendedores, tornando esta hipótese “menos plausível”, o que não quer dizer “impossível”.

A aceitação do FPRm pelo fornecedor pode ser um indicador de que o ganho de eficiência é grande o suficiente para compensar a marginalização dupla. Isto, no entanto, não implica “impossibilidade”, o que deve ser inspecionado na própria história da barganha entre fornecedor e revendedor. Em nenhum momento se propôs qualquer “postura mais ousada”, mas tão somente a apli-

cação da regra da razão ao FPRm em que o efeito da conduta pode ser tanto positivo quanto negativo.

3.3 O caso SKFe o poder coordenado

No caso concreto da SKF foram os revendedores que demandaram a implementação do FPRm, indicando que a hipótese anticompetitiva mais plausível seria de um cartel de revendedores.

Para validar esta hipótese, o voto de vista introduz o que seriam “evidências societárias, econômicas e históricas” sobre o poder coordenado no setor. Do lado societário, reporta a *joint-venture* entre SKF do Brasil e Timken de 2001 para produzir anéis usinados em Cajamar (produto distinto dos mercados relevantes do caso em tela) e uma *joint-venture* entre NSK e Timken (empresas que não fazem FPRm e que não estavam sendo acusadas) na China em 2002 para produzir rolamentos.

Do ponto de vista econômico, concluiu-se haver baixa rivalidade e, portanto, boas condições para colusão tácita dado que havia poucas empresas, o produto não era padronizado, mas seria “comparável”, as mudanças tecnológicas eram “médias”, a concentração “alta”, a frequência de vendas alta”, a transparência de mercado “alta”, o crescimento do mercado “baixo”, a elasticidade de demanda “baixa” e as participações de mercado “razoavelmente estáveis” ao longo do tempo.¹⁸

Do ponto de vista histórico, em 2002, a Comissão de Concorrência francesa condenou as empresas de rolamento por realizarem acordos restritivos com a rede de distribuição. Isto foi considerado um indício de poder coordenado.

Há visivelmente espaço de contestação do achado de “poder coordenado” com base na existência de duas *joint-ventures*, uma na China, ou mesmo pela condenação por acordos restritivos na França.¹⁹

Também se pode questionar que o fato de o produto não ser padronizado, mas “comparável” e um grau de mudança tecnológica “média” em lugar de “baixa”, características comuns a uma miríade de mercados, apoiam por si só a tese de poder coordenado. Itens como a alegada “alta” transparência do mercado não é devidamente justificada.

18. Ver a influência de cada um destes elementos na propensão a cartelizar em Mattos (2013).

19. O próprio voto do Conselheiro Furlan, apesar de favorável à condenação, considera que “a pressuposição de determinado comportamento ilícito com base exclusivamente em conduta perpetrada em outra jurisdição é uma atitude arriscada”.

A variável “elasticidade da demanda”, por seu turno, apresenta efeito ambíguo, tal como destacado por Motta (2005).²⁰ Segundo o autor, de um lado, com uma demanda muito elástica, aumenta o incentivo para desviar do cartel, dado que cada *player* é capaz de “roubar” mais mercado de outros *players* que de outra forma. Isto corrobora a ideia que uma demanda mais inelástica é positiva para cartéis. No entanto, uma demanda mais inelástica também reduz o efeito da punição dos comportamentos desviantes do cartel. Sendo o cartel menos capaz de punir desviantes, menor sua sustentabilidade, gerando uma ambiguidade. Um crescimento mais baixo do setor também não apresenta impacto inequívoco sobre o poder coordenado. Na teoria do cartel o que incentiva a cooperação dos agentes é a perspectiva de manter o acordo no futuro, estabelecendo uma reputação no presente. Se o futuro não é tão animador porque o crescimento do setor é baixo, o incentivo a investir em comportamento cooperativo se reduz, instabilizando o cartel.

O principal problema, no entanto, não é esse. Como vimos, a falta de poder de mercado unilateral compromete o sucesso de um FPRm. A existência de um substancial poder coordenado dos fornecedores poderia corrigir este problema se todos esses lançassem mão de expedientes como o próprio FPRm para viabilizar os seus próprios cartéis de revendedores. De outra forma, o poder coordenado no elo a montante não teria como ser transferido para o elo a jusante. Não foi constatado, no entanto, FPRm em outras marcas ou mesmo quaisquer expedientes que viabilizassem a transferência do poder de mercado coordenado do segmento a montante para o a jusante. O FPRm isolado em uma marca dificulta bastante o papel do fornecedor em um alegado cartel de revendedores.

A questão é por que o poder coordenado a montante afetaria o poder de mercado coordenado a jusante via FPRm em apenas uma das redes de vendas? O voto de vista apenas procura demonstrar o poder coordenado a montante (o que entendemos que não de forma inequívoca), mas sem estabelecer a relação de causalidade com o poder coordenado a jusante ou o cartel de revendedores, que foi considerado o mote principal da conduta neste caso. De fato, em geral, é o poder unilateral a montante de um fornecedor que viabiliza um cartel de revendedores, não o coordenado.

De qualquer forma, este é um caso curioso de condenação de uma conduta que presume poder coordenado e coordenação, mas feito por uma empresa só. Ou seja, a SKF do Brasil teria realizado o grande feito de ter se coordenado sozinha??!!

20. MOTTA, Massimo. *Competition policy: theory and practice*. Cambridge University Press, 2005.

4. PODER DE MERCADO UNILATERAL E FPR

4.1 *O FPRm apenas pode ser anticompetitivo quando suporta cartel?*

No artigo de 2001, defendemos que a única possibilidade teórica de um FPRm anticompetitivo seria como conduta instrumental de cartel de fornecedor e/ou revendedores, ponto analisado na seção III. Este é um ponto a ser revisto.

Há pelo menos duas motivações teóricas que podem amparar um FPRm anticompetitivo com base no poder unilateral de mercado: (a) a nova base teórica da ideia de fechamento de mercado por verticalização que se baseia na “restauração” do poder de mercado a montante e não na “alavancagem” do poder de mercado a montante para o a jusante; (b) a criação de barreiras à entrada a montante, pelo encarecimento da utilização da revenda.

4.2 *FPRm anticompetitivo por poder unilateral de mercado na nova teoria de fechamento vertical*

A ideia mais tradicional de fechamento vertical baseada na extensão ou alavancagem do poder de mercado de um nível da cadeia produtiva e comercialização para outro foi severamente criticada pela escola de Chicago. Dado haver um único poder de mercado em uma dada cadeia, definido em última análise pela demanda do consumidor final, não faria sentido o monopolista verticalmente integrado fechar o mercado para concorrentes no elo a jusante, não fornecendo o produto produzido a montante. Para o monopolista basta praticar o seu preço de monopólio que ele consegue o seu lucro máximo. Não há necessidade de fechar o mercado para a concorrência a jusante para aumentar seu lucro.

A teoria que reabilita a ideia de que é possível um fechamento vertical de mercado via integrações verticais ou por meio de uma conduta anticompetitiva foi proposta por Hart e Tirole (1990)²¹ e melhor aprofundada em Rey e Tirole (2007).²² Esta mesma teoria também permitiu restabelecer uma conexão potencial do FPRm com um resultado anticompetitivo baseado no poder de mercado unilateral.

21. HART, Oliver; TIROLE, Jean. Vertical Integration and market foreclosure. In: BAILY, Martin Neil; WINSTON, Clifford (eds.). *Brookings papers on economic activity: microeconomics*. Washington, DC: Brookings Institution, 1990. p. 205.

22. REY, P.; TIROLE, J. A primer on foreclosure. In: ARMSTRONG, Mark; PORTER, Robert H. (eds.). *Handbook of industrial organization*. Amsterdam, The Netherlands: North Holland/Elsevier, 2007. vol. 3.

Suponha um monopolista que negocia com n revendedores simultaneamente e que não haja possibilidade de renegociação dos termos do acordo com nenhum deles. Suponha que o monopolista seja capaz de se comprometer com os revendedores de que não renegociará com nenhum os termos acordados.

Neste caso não há razão para que o preço que o monopolista praticará para o revendedor não seja o de monopólio, pm . Este preço definirá uma quantidade agregada de monopólio, Q_m , na curva de demanda, exatamente no ponto de interseção de custo marginal e receita marginal do monopolista, igual à teoria microeconômica convencional. Assumindo um equilíbrio simétrico entre os revendedores, cada um desses adquire Q_m/n produtos para revender. Este seria o caso previsto pela Escola de Chicago em que nem uma integração vertical do monopolista com revendedores nem qualquer restrição vertical, inclusive FPRm, teria qualquer efeito sobre o lucro do monopolista.

Agora suponha que as negociações do monopolista são sequenciais ou que o monopolista simplesmente não é capaz de se comprometer com cada revendedor a não renegociar os termos negociados com os outros revendedores. Assuma inicialmente a negociação sequencial. Naturalmente o monopolista procurará na negociação com o primeiro revendedor implementar o resultado de monopólio com preço pm e quantidade Q_m/n (assumindo que o monopolista planeja *ex-ante* negociar com os n revendedores). Suponha inicialmente que o monopolista seja capaz de convencer o primeiro revendedor a aceitar precisamente estes termos.

Quais serão os termos do acordo na negociação ótimos para o monopolista com o segundo revendedor? Note que, dado que já negociou com o primeiro revendedor, é como se o monopolista se deparasse com uma curva de demanda diferente da primeira negociação. Há Q_m/n a menos de quantidade no mercado, já reservada para o primeiro revendedor. É como se a parte de cima da curva de demanda ou o conjunto dos consumidores mais dispostos a pagar desaparecesse na segunda negociação na medida de Q_n/n . Isto muda o *locus* da curva de receita marginal que agora estará mais deslocada para a direita dado que os $Q_m - Q_m/n$ que sobraram no mercado têm menor disposição a pagar que os Q_n/n que já serão servidos pelo primeiro revendedor. Neste caso, a nova curva de receita marginal deslocada para a direita cruzará a curva de custo marginal em um ponto que gera uma quantidade superior à demanda residual de $Q_m - Q_m/n$. Isto implica que o monopolista agora desejará vender mais para cada revendedor a partir da segunda negociação a um preço inferior a pm , o que implica prejuízo ao primeiro revendedor que adquiriu a um preço maior, pm , e terá prejuízo na concorrência com os outros revendedores. Trata-se de um típico comportamento oportunista do monopolista sobre o primeiro revendedor.

Assumindo que o segundo revendedor aceite este acordo, mais um pedaço superior da curva de demanda é removido do problema de maximização de lucros do monopolista. A nova negociação com o terceiro revendedor terá um preço ainda menor que a do segundo, com uma quantidade por revendedor ainda maior. Este padrão de modificação do contrato com queda no preço e incremento na quantidade por revendedor prossegue até o último revendedor, sempre com prejuízo aos revendedores anteriores que adquiriram a preços maiores, sendo que quanto mais cedo negociou, maior o preço que pagou e maior o prejuízo.

Naturalmente que os primeiros revendedores antecipam este incentivo ao comportamento oportunista do monopolista e não aceitam os termos dos acordos propostos. Em particular, os revendedores não aceitam os termos que são consistentes com o resultado de lucro de monopólio para o monopolista, ou seja, quantidade Q_m/n por revendedor e preço p_m , temendo o comportamento oportunista. O problema principal é a falta de capacidade do monopolista em se comprometer (*commitment*) em não negociar termos mais favoráveis com os revendedores nas negociações posteriores.

Note-se que a emergência deste problema não depende de a negociação com os revendedores ser sequencial. Se o monopolista, após uma negociação simultânea com os n revendedores, renegociar com um ou mais revendedores preços menores e quantidades maiores, o problema é o mesmo. A questão aqui é a incapacidade do monopolista de se comprometer *ex-ante* com cada revendedor a não renegociar *ex-post* com outros revendedores com termos melhores.

Nesse contexto, o monopolista não tem a capacidade de realizar seu lucro de monopólio negociando com revendedores independentes porque lhe falta a capacidade de se comprometer a não renegociar. O problema do monopolista, portanto, é como restaurar esta capacidade de realizar seu lucro com a recusa da rede de revenda a aceitar os termos de monopólio p_m e Q_m/n ?

Uma estratégia possível é o monopolista se verticalizar a jusante e ele próprio assumir o papel de revendedor, não negociando com os revendedores nos termos que estes consideram aceitáveis, ou seja, que não lhes geram uma expectativa de prejuízo. Este seria o sentido, dentro da nova teoria reestruturada, de fechamento vertical de mercado. Não se trata de alavancar o poder de mercado do monopolista no segmento a montante para o a jusante. Continua valendo a ideia de que apenas há um único poder de mercado ao longo da mesma cadeia produtiva. O fechamento vertical acontece na medida em que o monopolista a montante procura restaurar sua capacidade de fazer seu lucro de monopólio, verticalizando com o elo da revenda, resolvendo o problema de *commitment*. Como é ele mesmo agora que opera a jusante, o compromisso de

não se prejudicar por comportamentos oportunistas é imediato. Note-se que a ideia principal da nova teoria de fechamento vertical de mercado não é a de que o monopolista não está se verticalizando para estender seu poder de mercado à revenda a jusante, que constitui a velha (e ingênua) teoria de fechamento vertical, mas sim para restaurar seu poder de mercado a montante. O problema anticompetitivo aqui é a autoridade prefere que o problema de coordenação do monopolista com sua revenda mine seu poder de mercado a montante. A tentativa de restaurar seu poder de mercado seria, portanto, anticompetitiva.

Alternativamente, o monopolista pode, em lugar de se verticalizar e excluir revendedores, utilizar contratos de exclusividade com um revendedor. Não havendo outras negociações em que se poderia prejudicar o primeiro revendedor que assinou o contrato em função da exclusividade, o monopolista assegura o seu resultado de monopólio. Note-se que não é uma exclusividade do revendedor para com o monopolista, mas o oposto. O monopolista assina um contrato se comprometendo a não negociar com outro revendedor. Não é o revendedor que se compromete a não negociar com outro *player* a montante.

Outra opção que restaura o resultado de monopólio é a FPRm para os vários revendedores. Neste caso, nenhum revendedor poderia reduzir seu preço abaixo do preço de revenda fixado e, portanto, qualquer contrato mais vantajoso do monopolista a montante para um revendedor a jusante serviria apenas para aumentar a margem deste último, não para incrementar a demanda. Assim, o monopolista não teria como oferecer um contrato melhor para qualquer revendedor, funcionando como um *commitment* de não renegociar. O poder de mercado a montante é restaurado. É neste sentido que o FPRm pode se transformar em uma conduta anticompetitiva baseada no poder de mercado unilateral, o que constitui uma hipótese além do poder de mercado coordenado, que é mais explorado na literatura de FPRm.

Note-se, no entanto, que para que o FPRm esteja representando uma conduta de restauração do poder de mercado continua-se demandando que o *player* a montante seja capaz de exercer poder de mercado, resolvido seu problema de *commitment* com os seus revendedores.

4.3 FPRm como conduta exclusionária e o caso SKF

O Conselheiro Eduardo Pontual levantou a hipótese de FPRm anticompetitivo baseada em conduta exclusionária. Asker e Bar-Isaac (2010),²³ citados

23. ASKER, John; BAR-ISAAC, Heski. Exclusionary minimum resale price maintenance. *NBER Working Paper* 16564. Cambridge: National Bureau of Economic Research, dec. 2010.

pelo Conselheiro, apresentam um modelo formal sobre esta hipótese. O incumbente monopolista confere um “prêmio” para os varejistas para que estes não trabalhem com o entrante. Ou seja, a margem aumentada dos revendedores viabilizada pelo FPRm geraria uma relação de exclusividade com o incumbente, não deixando espaço nas vendas existentes para o entrante. Os autores mostram que esta já era uma hipótese levantada na literatura, mas sem um rigor formal. Uma condição necessária fundamental para que esta hipótese seja plausível é de que haja uma razoável dependência dos fornecedores à rede de revendedores com um mínimo de barreiras à entrada na revenda.

O conselheiro não explora a aplicação desta hipótese para o caso SKF. No entanto, as informações disponíveis mostram que os concorrentes da SKF sequer possuíam rede de revendedores independente, atuando com equipe de vendas própria. Isto indica que a utilização de uma rede não própria de revenda está longe de ser uma condição necessária para atuar neste mercado. Conjugando ainda ao fato de que não se reporta qualquer barreira à entrada na revenda (assim como no próprio segmento a montante), esta hipótese não pode se aplicar ao caso em tela.

Assim, a hipótese de FPRm como conduta exclusionária deve ser incluída na análise baseada na “regra da razão”, mas não se aplicaria ao caso concreto.

4.4 Poder unilateral no caso SKF

Apesar de não votar pela condenação com base no poder unilateral, o voto de vista indicou que este não poderia ser descartado.

A SKF teria uma participação de 28% no mercado de rolamentos e 30% nos equipamentos de monitoramento, sendo uma das quatro maiores empresas no Brasil.

O voto relativiza a importância da participação de mercado como indicador de poder de mercado e critica a definição de mercado relevante. Como constatada diferenciais de preços muito grandes entre diferentes tipos de rolamentos, conclui que podem haver participações bem maiores para tipos específicos que caracterizem um mercado relevante separado. Também não propõe outra definição de mercado relevante, apenas indicando que a categoria rolamentos talvez seja muito agregada.

De fato, a participação de mercado constitui tão somente uma primeira aproximação da variável “poder de mercado”, cabendo sempre ir além. O passo natural seria a análise das barreiras à entrada no setor. A investigação da SDE, no entanto, indicou que o setor não tinha barreiras à entrada relevantes, ha-

vendo significativa contestabilidade de importações de rolamentos, inclusive da China. Os votos pela condenação, no entanto, desconsideraram este indicador de baixo poder de mercado.

5. EFICIÊNCIAS E O FPRM

5.1 Teoria das eficiências do FPRm

Há algumas histórias principais de eficiências do FPRm. Primeiro, a conduta pode evitar o comportamento de *free-riding* decorrente de externalidades horizontais entre revendedores, a qual pode ser corrigida não apenas por FPRm, como por restrições territoriais e exclusividade. Hovenkamp (1993)²⁴ apresenta um exemplo a esse respeito no segmento de revenda de computadores pessoais que usamos no artigo de 2001:

“Personal computers (...) come in many varieties and are very complex. As a result, most consumers need instruction about what to buy for their own particular needs before they make their purchase decisions. Service store is a full service computer outlet. It employs a large number of highly trained salespersons who know a great deal about computers. On the other hand, Bare Bones Computers Inc. is a computer discounter... At most times the store is staffed by a single salesperson, who knows nothing about computers except the names and the numbers on the boxes.

You are in the market for a personal computer. You begin your search by going to Service store and you talk for two hours to a trained employee. The employee shows you a half dozen computers and printers, describe their capabilities and analyzes your needs. You and the salesperson finally decide which model is optimal for you, and you record the name and the number on a piece of paper. The price for this package is US\$ 1995. Then you tell the salesperson at the Service store you will go home and ‘think about it’. You immediately drive to Bare Bones Computers, show the salesperson the scrap of paper, and she sells you the same package for US\$ 1650.

Both you and Bare Bones took a ‘free-ride’ on the services provided by Service store, but for which Service store was not able to collect any fees.”

A forma de como o FPRm solucionaria este problema é descrita pela OCDE (2008):

“RPM solves the free-riding problem by making retail prices uniform, so that consumers no longer have reason to shop at one store but buy at another.

24. HOVENKAMP, Herbert. *Antitrust*. St. Paul, MN: West Publishing Co, 1993. Black Letter Series.

With no possibility to compete with each other on the basis of price, retailers that operate under the RPM conditions will focus on non-price factors, i.e., services.”

A OCDE (2008) enfatiza que o *free-riding* depende da capacidade do consumidor em separar a compra do produto do consumo do serviço, o que só pode ocorrer em serviços pré-venda. Nos serviços pós-venda, ao contrário, o revendedor que fornece o serviço pode se restringir aos consumidores que adquiriram o produto dele próprio, evitando esta separação.²⁵

No entanto, mesmo sem o *free-riding*, o FPRm pode ajudar nos esforços de vendas dos revendedores. Como o FPRm amplia a margem de lucro do revendedor nos produtos alvo da conduta, o revendedor terá um incentivo naturalmente maior a promover tais produtos de sua linha. Uma margem maior também permite ao revendedor custear a melhoria do atendimento.

Note que os objetivos do fornecedor de ampliar seus lucros e do consumidor de ter o menor preço pela maior qualidade de atendimento e de produto possíveis estão alinhados aqui. Para que o FPRm valha a pena para o fornecedor, o incremento da qualidade de atendimento deve ser grande o suficiente para que, a despeito do custo maior resultante (mais qualidade sempre é custoso), a quantidade demandada aumente em termos líquidos. Ou seja, o efeito líquido sobre a quantidade demandada do aumento de preço gerado pelo incremento de custo (ruim para o consumidor) e da melhor qualidade de atendimento (bom para o consumidor) deve ser positivo. Isto ocorre quando o deslocamento para cima e para fora da curva de demanda gerada pelo melhor atendimento é maior que o deslocamento para cima e para dentro da curva de oferta gerada pelo aumento de custo. A OCDE (2008) mostra isto em um gráfico muito simples de oferta e demanda em que fazemos apenas um pequeno ajuste.

Suponha que o fornecedor esteja com sua rede de revenda operando sobre a curva de oferta S_1 e demanda D_1 antes de um FPRm. A quantidade e preço de equilíbrio serão, respectivamente, P_1 e Q_1 no ponto A. Suponha que este fornecedor introduza um FPRm que induz a uma melhoria de atendimento que desloca a demanda para D_2 , mas que gera um incremento de custo que corresponde a uma nova curva de oferta, S_2 . Este FPRm poderá ser qualquer valor entre P_1 e P_2 . O preço de equilíbrio, no entanto, será o valor superior do

25. Se o fornecedor obrigar, no entanto, a que todo o revendedor proveja serviços pós-venda ao consumidor, independente deste último ter adquirido o produto com ele ou não, a possibilidade de *free-riding* se reinstala também com os serviços de pós-venda.

atendimento. O FPRm não compensa para o consumidor. E claramente não compensará também para o fornecedor. Tudo o mais constante, especialmente o preço praticado para o revendedor, uma queda na quantidade vendida faz cair o lucro do fornecedor. O fornecedor que esperar um padrão deste tipo não vai implementar o FPRm.

Uma outra linha de defesa importante do FPRm é a de certificação de qualidade. Suponha que um varejista apresenta reputação de vender produtos de qualidade. Assim, toda a vez que o varejista vende um produto de determinada marca, está sendo emitido um sinal positivo ao mercado sobre a qualidade daquele produto. Nesse contexto, outros varejistas que vendem este mesmo produto e costumam dar descontos nele se beneficiam dessa espécie de “certificação gratuita”, sem incorrer no mesmo custo de construção de imagem. Com o FPRm, os consumidores escolherão entre um varejista que apresenta reputação e outro que não, ao mesmo preço, beneficiando o primeiro que passa a se apropriar do benefício que agrega à imagem do produto.

Outros argumentos pró-eficiência do FPRm, que podem ser vistos na resenha da OCDE (2008), são (a) o dos “bens de luxo”, quando preços mais elevados sinalizam qualidade; (b) o que considera os riscos da abertura de novos mercados, demandando margens mais compensadoras para os revendedores que assumem estes riscos; (c) a prevenção do uso do produto por um revendedor como um *loss leader*, o que limitaria a expansão da venda por outros revendedores e (d) a redução do risco de diminuição na demanda para os revendedores após estes já terem carregado os produtos.

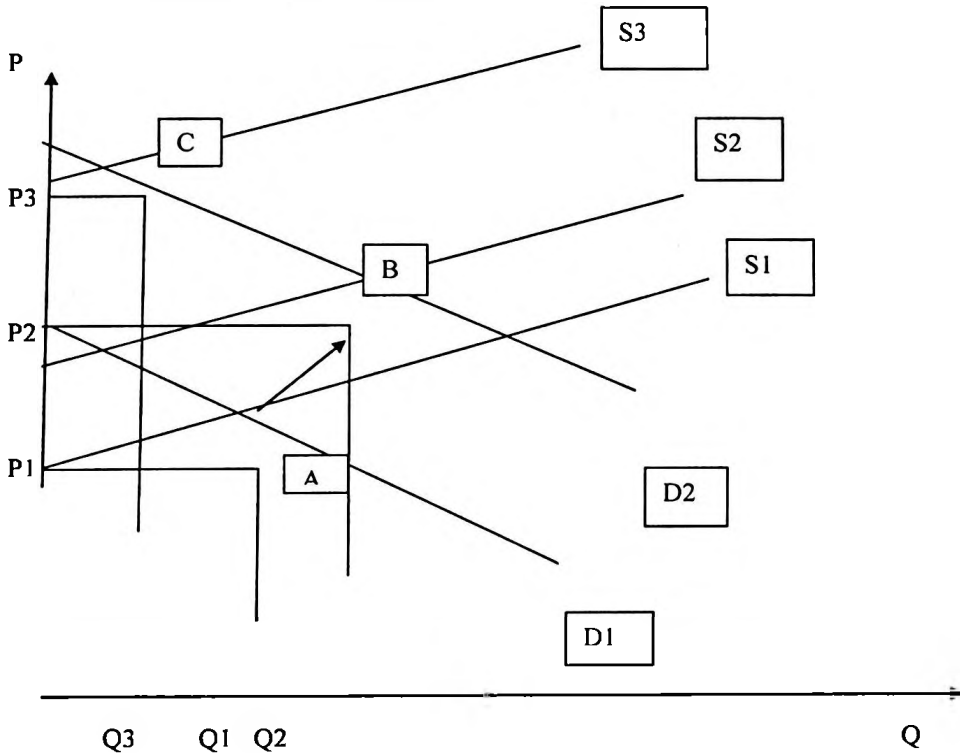
Uma última indagação é importante nesta discussão: os revendedores obtêm sempre com sobrelucros transferidos dos consumidores quando a motivação do FPRm é o incremento da qualidade de atendimento? A resposta é não obrigatoriamente. Como o incremento da qualidade de atendimento requer incremento de custos, teoricamente o incentivo dos revendedores para prosseguir aumentando o esforço de vendas, mantendo o incremento de custos, e capturar clientes uns dos outros se manterá enquanto as margens geradas pelo FPRm não se esgotarem. O equilíbrio na revenda apenas ocorrerá quando os esforços de vendas aumentarem tanto que o lucro gerado pelo FPRm se exaure pela concorrência. Isto implica que o FPRm para incentivar qualidade de atendimento pode não aumentar os lucros dos revendedores.

5.2 Eficiências no caso SKF

Conforme o voto do relator, a SKF teria aceitado o FPRm como um mecanismo de estímulo à melhoria do atendimento. Apesar de a SDE destacar que

intervalo em P_2 . O novo equilíbrio será P_2 e Q_2 no ponto B. Este é um caso em que, apesar do incremento de custos resultante do custo maior derivado do investimento do revendedor em qualidade de atendimento, o deslocamento da demanda faz com que a quantidade acabe por subir de Q_1 para Q_2 , indo para o ponto B. Pode-se ver que o excedente do consumidor aumenta neste caso. Como a demanda aumenta e supõe-se que nenhum outro parâmetro se altera do problema do revendedor, inclusive o preço praticado pelo fornecedor, os lucros deste último serão maiores. Neste caso tanto empresários como consumidores estão melhores, representando uma posição pareto superior. O FPRm é liquidamente positivo para o bem-estar e uma regra de ilegalidade *per se* da conduta impediria que tais ganhos fossem realizados.

Gráfico 1 – Efeitos do FPRm quando melhora a qualidade de atendimento



De outro lado, se a curva de custo se deslocar proporcionalmente mais do que a curva de demanda do revendedor, digamos para S_3 , a nova quantidade de equilíbrio cai para Q_3 . O novo nível de preço P_3 gera um prejuízo muito maior ao consumidor que o seu ganho gerado pela melhoria da qualidade de

houve incremento da eficiência na rede de distribuição, com eliminação do "efeito carona", este ponto não restou demonstrado na investigação. Tampouco ficou demonstrado o oposto, que não havia espaço para a relevância dos serviços de pós e pré-venda.

O Conselheiro Ricardo Ruiz enfatizou a necessidade de a empresa ter comprovado que o FPRm trouxe eficiências:

"Se eficiências existiam, não haveria sentido da prática de FPR ter durado tão pouco tempo, como alegado pela SKF. Ora, após sete meses de conduta o atendimento pré-venda deixou de ser essencial? A representada alega que o monitoramento da prática foi custoso demais. Por outro lado, isto por si só demonstra que a FPR não era 'essencial' como único meio para garantir a diferenciação do atendimento na revenda."

Note-se que nenhum agente privado ou público pode ter certeza das consequências de seus atos antes de realizá-los. Além disso, a variável "qualidade" em geral apresenta uma série de dimensões pouco observáveis e verificáveis.²⁶ Como no caso em tela trata-se de "qualidade de atendimento" por ser uma atividade de revenda e não de produção, este problema de não observabilidade se torna ainda mais dramático. Pesquisas de opinião dos consumidores sempre têm valor limitado, sendo que deveriam ter sido feitas antes do FPRm para compará-las com a situação depois do FPRm. A variável mais direta para se avaliar se o atendimento melhorou ou não é se as vendas aumentaram ou não em um determinado varejo. Dificulta a tarefa de mensuração o grande conjunto de variáveis, que não a qualidade do atendimento, que influenciam vendas.

Há duas dificuldades adicionais. Primeiro, a SKF teria que provar a melhoria da qualidade de atendimento não dela própria, mas dos revendedores. Segundo, como a conduta durou apenas sete meses, é possível que: (a) não tenha havido tempo suficiente para que gerasse resultados²⁷ e/ou; (b) as eficiências esperadas não aconteceram e justamente por isso se suspendeu precocemente o FPRm.

A dificuldade de verificar a eficiência indica que requerer a sua realização equivale a tornar muito difícil concluir que um FPRm gerou benefícios.

26. Observável é quando a empresa é capaz de constatar a melhoria de qualidade. Verificável quando, além de observar, consegue demonstrá-la para um terceiro, no caso uma autoridade antitruste ou um juiz, por exemplo. Ver TIROLE, J. *The theory of industrial organization*. Cambridge, MA: The MIT Press, 1988.

27. Haveria alguma política adotada pelo Cade em que se conseguiram evidências conclusivas de seu resultado em menos de sete meses?

Uma possibilidade seria uma flexibilização no sentido de avaliar não apenas as eficiências realizadas (se houver), mas expectativas sobre eficiências que sejam minimamente razoáveis no contexto do setor e das empresas envolvidas. Este procedimento estaria na mesma linha da análise inevitavelmente prospectiva que se faz em análise de fusões. Sobre este ponto, a OCDE (2013)²⁸ promoveu importante debate sobre a questão das eficiências no antitruste. Apesar de ainda haver determinada resistência das autoridades antitruste em considerar o papel das eficiências de forma significativa nos casos de conduta, esta situação já estaria se alterando.

Como destacado no texto da OCDE (2013), Diretriz da Comissão Europeia de 2009 reconheceu eficiências como uma defesa possível em condutas. A empresa acusada, nesse contexto, poderia mostrar que tais eficiências serão suficientes para garantir que nenhum dano líquido *provavelmente* ocorreria. A Comissão define um conjunto de requisitos para considerar eficiências nos casos de condutas, sendo a primeira de que: “Efficiencies have been, or are likely to be, realized as a result of the conduct”²⁹ (grifos nossos).

No Canadá, a Corte Federal de Apelações definiu que uma justificação de negócio deve corresponder a uma “eficiência crível”, sendo que nas Diretrizes Canadenses sobre Abuso de Posição Dominante também se coloca que será examinada:

“(...) the *credibility* of any efficiency or pro-competitive claims raised by the allegedly dominant firm(s), their link to the alleged anticompetitive practice, and the *likelihood* of these claims being achieved when examining the overriding purpose of an alleged anti-competitive practice” (grifos nossos).

Ou seja, não deve ser necessária a realização das eficiências para que elas possam ser consideradas na análise custo/benefício da conduta.

A expectativa de que o FPRm seria considerada potencialmente eficiente pela SKF é plausível na medida em que a qualidade do atendimento é considerada suficientemente relevante no setor. E não se pode descartar tal hipótese no caso concreto, uma vez que o próprio voto do conselheiro Marcos Verissimo indica que havia uma necessidade, ainda que parcial, de tratamento especial dos revendedores no ato da compra no segmento de rolamentos para aplicação industrial:

28. OCDE. *The role of efficiency claims in antitrust proceedings*. DAF/COMP(2012) 23. 02.05.2013. Disponível em: [www.oecd.org/competition/EfficiencyClaims2012.pdf].

29. Como destacado no documento da OCDE (2013), há ainda forte discussão sobre em que medida tais requisitos são excessivos ou não.

“Pesquisa subsequente da SDE junto a dois distribuidores da SKF confirmou que, no setor industrial, o atendimento, quando necessário, resume-se à primeira venda, mas que há, sem prejuízo disso, alguns serviços de pré e pós venda neste e também no setor de revenda de rolamentos para aplicação automotiva.”

Outro indicador de que a qualidade do atendimento na revenda seria relevante foi a afirmação da SKF, transcrita no voto do conselheiro Furlan:

“(...) a SKF também investiu em programas de certificação técnica de seus distribuidores industriais e desenvolveu modelos de parceria com aqueles que desejassem ter um atendimento diferenciado em seus serviços pós-venda. Isso se deu por meio dos programas ‘Authorized Distributor’, ‘Value Partner’ e ‘Joint Action’ (...). Ademais, a SKF criou um departamento de desenvolvimento de distribuidores, exclusivamente para desenvolver o canal de distribuição com base em processos e melhores práticas de atendimento ao mercado, tendo promovido diversos seminários técnicos (*workshops*) e treinamentos.”

A avaliação das ações de incremento da qualidade da revenda pela SKF acabou tendo um sentido negativo na visão do Conselheiro Furlan. Em lugar de entendê-las como um indicador da importância da qualidade de atendimento que poderia ser alcançado por vários meios complementares, o conselheiro apontou que “como a qualidade dos serviços dos distribuidores foi supostamente garantida por meio de ação própria, desvinculada da conduta investigada” a FPRm não seria necessária. Ou seja, a hipótese de trabalho é que as várias ações de uma empresa para um determinado fim (melhoria da qualidade de atendimento da revenda) são sempre substitutas entre si. Implementando uma, exclui-se a outra. Não se cogita que uma determinada ação pode não exaurir toda a potencialidade de ganhos de qualidade de atendimento. Desconsidera-se ainda que a complementaridade deve fazer com que o resultado das duas ações tomadas concomitantemente seja maior do que a soma dos resultados que seriam obtidos adotando aquelas ações isoladamente. De fato, o “treinamento” em qualidade de serviço deve ser mais eficaz quando o revendedor pode derivar mais lucro deste “insumo” via FPRm. A perspectiva de mais lucros pela revenda por sua vez pode cair no vazio sem o treinamento apropriado. Não adianta ter o incentivo a ter mais qualidade de atendimento se os funcionários não sabem como fazê-lo. Tais ações são claramente complementares.

É extremamente arriscado, de qualquer forma, a autoridade arbitrar qual a melhor forma de a empresa resolver problemas específicos de proteção de sua marca (ou qualquer outro problema de gestão do negócio). A autoridade pode avaliar que um método apresenta menor potencial de dano à concorrência que outro, o que está dentro de sua área de competência, mas não que um é melhor que outro do ponto de vista privado. A autoridade dificilmente terá melhores condições de fazer tal análise do que a própria empresa.

Nesse sentido, o conselheiro Furlan afirma que “para a proteção da reputação da marca, por exemplo, o estabelecimento de um sistema de distribuição exclusivo ou seletivo que assegurasse que o produto fosse somente comercializado por revendedores de reputação e prestígio seria muito mais eficaz no combate ao efeito carona na certificação de qualidade” do que o FPRm. A autoridade pode até avaliar que o FPRm tem mais potencial de dano concorrencial que a exclusividade em determinado caso, mas não que o FPRm é menos adequado que a exclusividade para proteger a marca. Conforme a OCDE (2008), este constitui debate usual no tema:

“Critics of these three arguments (in favor of RPM) assert that RPM is a very blunt and indirect way to achieve efficiency benefits... and that the same benefits can be achieved in other ways. They argue that merely increasing the retail margin and/or eliminating price competition between retailers does not and cannot guarantee that the retailer will provide the relevant complementary services – instead the retailer could simply keep the extra margins for itself. Others respond that these arguments are relevant only when determining whether particular anti-competitive harm could be achieved in a manner that is less restrictive of competition. In cases where there is no market power and therefore no threat to competition, they say, competition law should not get involved in telling business how to organize their affairs.”

A SKF foi a única empresa que adotou revenda terceirizada em lugar de força de venda própria. A estratégia escolhida demonstra um arranjo mais focado nos incentivos de mercado do que na “firma” em que tais incentivos são mais fracos, mas em compensação custos de transação são menores. Ao adotar um arranjo mais “mercado” e menos “firma” na relação com a revenda, a SKF revela uma particular disposição a adotar mecanismos de incentivo compatíveis com tal arranjo. O FPRm seria um deles.

Ao final e ao cabo, o tema “eficiências” não foi suficientemente desenvolvido no processo, não sendo claro em que medida haveria uma razoável probabilidade de a conduta afetar positivamente a qualidade de atendimento. De qualquer forma, nosso ponto neste processo é que, estando longe de ser clara a existência de poder de mercado seja unilateral, seja coordenado, não haveria necessidade de se chegar a este estágio de análise das eficiências.

6. CASO EVEREST: UMA JURISPRUDÊNCIA MAIS OU MENOS ANTERIOR A SKF

Um dado curioso é que o Cade em outubro de 2011, na relatoria do Conselheiro Elvino Mendonça, não condenou uma conduta de FPRm com significativas similaridades com o caso em tela. Aplicou-se aqui uma regra da razão

bem mais flexível. Esta jurisprudência é *mais ou menos* anterior à SKF dado que, quando o caso Everest foi julgado, já havia quatro votos apresentados.

No caso Everest³⁰ analisou-se um FPRm no mercado de equipamentos para tratamento de água. Tal como no caso SKF houve alguma discussão sobre o mercado relevante de produto. Apesar de a empresa alegar participação de mercado de pouco menos que 5% (cinco por cento), a Seae encontrou alguns tipos de equipamentos com participação da empresa superior a 20% e que eventualmente poderiam ser considerados mercados relevantes distintos, o que foi uma consideração importante do Conselheiro Vinicius Carvalho no caso SKF. Também não se constatarem barreiras à entrada relevantes no caso Everest, equivalente ao caso SKF. O relator conclui pela “ausência de condições estruturais” que pudesse causar dano ao ambiente concorrencial, no que foi unanimemente acompanhado.

Tal como no caso SKF, havia um papel para serviços referentes à instalação e manutenção dos equipamentos. O *free-riding*, também similar ao caso SKF, não é claro, apesar de o papel da qualidade de atendimento estar bem caracterizado. Note-se que quando se processa o serviço de instalação, a venda já foi realizada, podendo considerá-lo já como um serviço pós-venda. É radicalmente distinto do exemplo de Hovenkamp acerca da aquisição do computador em uma loja e a consulta sobre suas características na outra. Neste exemplo, o consumidor pode segmentar a loja onde toma as orientações pré-venda e a loja onde vai efetivamente adquirir o produto, gerando o *free-riding*. O problema aqui é de reputação de qualidade nestes serviços, idêntico ao caso SKF, em que o FPRm pode ter um papel (só não é um problema de *free-riding*).

Um outro aspecto importante é que o relator, apesar de reportar as eficiências alegadas pela empresa, não demanda as eficiências realizadas como aconteceu no caso SKF. O relator refere-se àquelas como as “prováveis eficiências geradas” em linha com o que entendemos mais adequado em lugar das eficiências realizadas, cuja prova é uma “missão quase impossível” em boa parte dos casos e que foi demandada no caso SKF.

Em síntese, no caso Everest a evidência de ausência de poder de mercado mais a simples expectativa de eficiências preveniu a condenação. Melhor sorte da Everest!

30. Averiguação Preliminar 08012.009674/2008-16. O artigo de Coelho e Silva (*New developments on the analysis of resale price maintenance in Brazil* apresentado no Encontro da ALACDE Rio de Janeiro de 2013) com excelente revisão da jurisprudência de FPR no Brasil e a reviravolta do caso SKF chamou a atenção para o caso Everest. Ver o caso em: [www.cade.gov.br/Default.aspx?a8889b6caa60b241d345d069fc].

7. FPRM: REGRA DA RAZÃO VS. *PER SE*

A OCDE (2008) apresenta uma síntese didática dos *trade-offs* envolvidos na escolha entre uma regra *per se* e uma regra da razão:

"The *per se* approach offers clarity, speed and savings in decision-making costs. There should be no doubt in anyone's mind about what is permitted and what is not under the *per se* approach. There is a reduced need for an agency or court to delve into intricate factual evidence and make judgments about it. Unfortunately, the *per se* approach is much like a sledgehammer: it has quick results, is relatively inexpensive and predictable, but it is not very careful. The *per se* rule will condemn some conduct that is actually pro-competitive.

(...).

The strength of the rule of reason is that it can take into account a great deal of information related to the conduct. Its weaknesses are that it can take a long time and much money to perform, it is often impossible to collect the necessary data or difficult to interpret them correctly, and it is hard to predict what result the rule will yield in any particular case. It may wind up exonerating some conduct that should have been condemned, and vice-versa."

A questão é como avaliar o FPRm dentro deste *trade-off*? A conduta de cartel, por exemplo, é considerada em muitas jurisdições como ilegal *per se* dado que seus impactos são usualmente negativos e dificilmente haveria eficiências suficientemente compensatórias.³¹ Caberia, portanto, igualar o padrão de análise do FPRm à ilegalidade *per se* de forma equivalente a uma conduta como o cartel?

Como mostra a resenha da OCDE (2008), esta equivalência analítica do FPRm com o cartel está longe de ser razoável:

"(...) *per se* treatment is appropriate only for conduct that – almost always tends to restrict competition and reduce output or is, in other words, – mani-

31. Um contra exemplo interessante é o caso do contrato de exclusividade entre o clube dos 13 e a Globo em que a reunião de clubes para a negociação com a emissora poderia ser considerada como um cartel. Como destaca Mattos (Broadcasting football rights in Brazil: the case of Globo and "Club of 13" in the antitrust perspective. *Revista Estudos Econômicos da USP-SP*. vol. 42, n. 2, 2012) "the main problem is that centralizing the process in a single body like the Club of 13 reproduces many of the characteristics of a cartel. In this case, the problem is not the "unified" price of broadcasting rights for individual games to a level closer to a monopoly. The Club of 13 bundles all BFL matches and sells them for a single aggregate price." O arranjo, entretanto, foi considerado eficiente em um exemplo que mesmo uma conduta que pode ser interpretada como um cartel pode ser eficiente.

festly anticompetitive. All of those factors point in favor of a rule of reason approach toward both maximum and minimum RPM (...)

As a group of eminent economists recently stated, – In the theoretical literature, it is essentially undisputed that minimum RPM can have pro-competitive effects and that under a variety of market conditions it is unlikely to have anticompetitive effects... The position absent from the literature is that minimum RPM is most often, much less almost invariably, anticompetitive. They concluded, therefore, that the economics literature provides no support for applying the *per se* rule.”

E isto vale para os europeus também conforme a OCDE (2008):

“Some European commentators agree: – [E]conomically speaking, the prohibition of resale price maintenance in European law is incomprehensible... [A] general ban, in other words a prohibition *per se*, cannot optimize the market results from an economic point of view, because it means that all positive effects which are achievable through the application of price maintenance would be prohibited or only realizable in another way at greater cost.”

O voto do caso SKF que abordou de forma mais exaustiva esta questão foi o do Conselheiro Marcos Veríssimo, que apoiou o voto pela condenação. Defendeu uma análise mais rígida para o FPRm, o que não chegaria a ser uma regra *per se*, mas que implicaria uma presunção de que a conduta quase sempre gera danos, mas que eventualmente pode ser contrabalançada por eficiências. Defendeu também que à autoridade não caberia demonstrar nem o dano efetivo ou potencial e nem ao menos a existência de poder de mercado. Caberia à empresa sempre o ônus da prova em demonstrar que há eficiências suficientemente significativas da conduta de FPRm para contrabalançar os prejuízos tidos como líquidos e certos.

O Conselheiro parte das três principais críticas que estariam sendo feitas contra a reversão promovida pelo caso Leegin de abordagem *per se* para regra da razão nos EUA: (a) há baixa frequência de casos em que ocorrem as eficiências alegadas; (b) há alta frequência em que ocorrem os prejuízos como cartéis a montante e jusante e; (c) há custos elevados de analisar custos e benefícios da conduta e seus impactos líquidos.³²

Em relação ao primeiro ponto, há o problema já mencionado de que boa parte da realização das eficiências baseada nas dimensões de “qualidade do atendimento” e “proteção contra comportamento *free-rider*” é pouco obser-

32. Ver OCDE (2008) sobre a contraposição das visões dos que defendem regras mais e menos estritas no FPRm.

vável, especialmente pela dificuldade de mensuração. Em particular, é difícil comprovar o nexo causal do FPRm com a realização da eficiência. A exigência de comprovação da realização de eficiências e do nexo causal conduta/eficiência limitaria seu alcance ao que está no campo do observável, resultando na desconsideração do que é não observável. Uma avaliação da importância da assistência pré-venda ou de outra eficiência específica alegada, sem requerer que se verifique por dados se ela aumentou e/ou decorreu do FPRm, seria uma abordagem mais interessante.

Quanto ao segundo ponto, Blair e Kaserman (2009) apontam a evidência contrária à alegação de alta incidência de cartéis viabilizados pela FPRm.³³

“(...) there is scant evidence that either a manufacturer or a dealer cartel is, in fact, a primary motivation for implementing Retail Price Maintenance (RPM). In practice, it does not appear that RPM is primarily, or even frequently, employed to facilitate collusive arrangements. For example, many of the cases involving vertical price restraints have involved manufacturers with relatively small market shares... In an exhaustive analysis of cases involving vertical price restraints, Ippolito³⁴ found that only about 10 percent of private enforcement cases and about 13 percent of all cases (private and public) involved allegations of horizontal collusion.”

Os autores citam dois casos, Zeneca e New Balance, em que houve acusações de FPRm anticompetitivo com participações de mercado muito pequenas (menos de 10% no primeiro e 2% no segundo), o que tornaria “muito improvável que se poderia ter cobrado preços não competitivos”.

A OCDE (2008) também mostra que muitos defendem que mesmo um cartel de fornecedores sustentado por FPRm teria dificuldades de se manter:

“(...) the sources of instability just described do provide some theoretical support for the view that RPM-facilitated manufacturing cartels are uncommon. Consequently, these observations tend to weaken the case for keeping RPM illegal *per se* (...).”

Marvel (2008), citado pela OCDE (2008),³⁵ destaca também que:

33. Evidência também enfatizada na resenha da OCDE (2008).

34. IPPOLITO, Pauline. Resale price maintenance: empirical evidence from litigation. *Journal of Law & Economics*. vol. 34. p. 263-281. Chicago: The University of Chicago Press, 1991.

35. MARVEL, Howard P. Resale price maintenance and the rule of reason. *The Antitrust Source*. june 2008. Disponível em: [www.americanbar.org/content/dam/aba/publishing/antitrust_source/jun08_Marvel6_26f.authcheckdam.pdf]. Acesso em: 11.12.2013.

"(...) at least in the US, – [t]he number of cases in which RPM can plausibly be alleged to have facilitated a manufacturer cartel can be counted on one's fingers."

Em relação ao terceiro ponto, o Conselheiro Marcos Verissimo não esclarece por que os custos de análise dos efeitos líquidos seriam particularmente elevados na conduta de FPRm. As condutas de exclusividade e venda casada, por exemplo, afetam diretamente a concorrência intermarcas, o que deve ter um potencial de prejuízo não inferior ao eventual dano na concorrência de uma conduta que afeta mais diretamente a concorrência intramarcas, além de apresentarem o mesmo grau de complexidade na análise. Não há porque aproximar a análise do FPRm mais ao cartel na regra *per se* do que a estas outras condutas na regra da razão. Este ponto é destacado por Motta (2005):

"(...) there is no economic justification for a policy that treats restraints in a different way, say using a *per se* rule of prohibition against retail price maintenance while allowing all other restraints."

Tampouco concluir pelo alto custo de análise do FPRm pela frequente falta de dados como justificativa de uma regra *per se* seria razoável conforme a OCDE (2008):

"But if *per se* illegality is the correct default rule when there is insufficient data to satisfy his test, then *per se* rules should be in force for virtually every area of competition law enforcement, as the problem of inadequate data is not unique to RPM."

O FPRm pode ser equivalente a condutas com potencial anticompetitivo ainda menor que venda casada e exclusividade, conforme Marvel (2008), citado pela OCDE (2008):

"RPM is no different from certain other promotional investments that do not draw nearly as much scrutiny as RPM. Advertising, for example, can stimulate demand even though it also raises costs and (usually) prices. The same is true of investments in R&D. Those strategies are rarely questioned, though."

E o pior é que com a ilegalidade *per se* do FPRm, condutas substitutas que podem acabar sendo até mais danosas à concorrência são utilizadas. Conforme a OCDE (2008):

"For many years in the US, for example, the practice of granting exclusive territories to retailers was evaluated under the rule of reason while RPM was *per se* illegal. That, as many commentators noticed, was an odd antitrust policy. Exclusive territories eliminate all intra brand competition within a given geographic market, whereas RPM eliminates only price-based intra

brand competition and allows several intra brand rivals to exist within a given geographic market.”

Alternativamente, a incapacidade de fazer um FPRm pode induzir a uma verticalização desnecessária e sem base em arranjo eficiente. Isto porque os preços de revenda das equipes de vendas próprias são, por construção, fixados pela direção da empresa. Imagine a autoridade antitruste questionando a direção de uma empresa por definir os preços que seus vendedores podem fazer !!!

Chamou atenção nos votos pela condenação da SKF, a transferência do ônus da prova da autoridade, que não precisa demonstrar poder de mercado e nem dano potencial ou efetivo da conduta, para a empresa, que precisaria demonstrar as eficiências. O Conselheiro Olavo Chinaglia destaca a inadequação desta abordagem:

“(...) num feito em que o que se sobressai dos autos é justamente a incapacidade da prática investigada de alterar o funcionamento usual do mercado e, por consequência, de gerar qualquer efeito digno de nota do ponto de vista antitruste, condicionar o arquivamento do processo à comprovação pela Representada de eficiências econômicas cria cenário muito semelhante àquilo que a teoria processual habitou-se a denominar de prova diabólica.”

Enfim, somos favoráveis a uma análise do FPRm baseada na regra da razão, com características próximas às outras restrições verticais como exclusividade, venda casada, restrições territoriais etc.

8. CONCLUSÃO

Tal como à época de nosso artigo de 2001, a literatura econômica permanece cética em relação ao potencial anticompetitivo do FPRm justificar uma regra de ilegalidade *per se*.

A decisão do caso SKF não chegou a estabelecer uma regra *per se* para o FPRm no Brasil. Mesmo o padrão mais rigoroso proposto pelo conselheiro Marcos Verissimo não constitui uma regra *per se*, pois pelo menos se oferece ao representado a possibilidade de apresentação de eficiências compensatórias. No entanto, o caso SKF indica uma regra da razão quase *per se* em que a avaliação de poder de mercado se torna um elemento menor e o dano potencial ou efetivo presumido.

A intuição inicial sobre a malignidade concorrencial do FPRm é, de fato, muito forte: um agente obriga os agentes no elo seguinte da cadeia a não concorrerem via preços. A precária base de análise econômica do antitruste de começo do século passado fez com que esta intuição inicial gerasse a regra *per*

se de Dr. Miles que contaminou toda a trajetória jurisprudencial não apenas americana como, posteriormente, europeia que mantém-se com uma abordagem quase *per se*.³⁶

O antitruste, no entanto, requer análise de racionalidade econômica rigorosa, sendo que o preconceito contra o FPRm vai aos poucos se desfazendo. O caso Leegin da Suprema Corte Americana em 2007, abandonando a ilegalidade *per se* pela regra da razão, constituiu um ponto de inflexão fundamental. A abordagem europeia ainda prossegue significativamente restrita e foi bastante citada nos votos de vista. No entanto, observando o posicionamento dos europeus no debate promovido pela OCDE (2008), constata-se uma inclinação por uma flexibilização maior. O caso SKF seria o nosso *anti-Leegin*, estando na contramão da tendência de maior conteúdo econômico na análise da FPRm.

Como, afinal, se deve analisar o FPRm? Motta (2005)³⁷ sugere uma isenção antitruste para todas as restrições verticais envolvendo empresas com participações abaixo de entre 20% a 30%, justamente o caso SKF.³⁸ A partir da definição de um porto seguro de participação de mercado, caberia testar as hipóteses de FPRm anticompetitiva: (a) facilitadora de cartel de fornecedor ou revendedor; (b) criação de barreira à entrada; (c) restauração do poder de mercado a montante. Constatada a existência de dano efetivo ou potencial caberia a avaliação de eficiências compensatórias, especialmente às relativas ao incremento da qualidade de atendimento. A recente discussão da OCDE (2013), acima citada, sobre o tema seria um ponto de partida de como incorporar as eficiências na análise.

Enfim, a forma de avaliação da FPRm não deve destoar das outras restrições verticais. Isto garante maior consistência na política antitruste no país e evita o erro tipo I de condenar condutas que podem ser muito eficientes. Urge, portanto, rever a sinalização do caso SKF.

36. Os votos de vista dos Conselheiros Vinicius Carvalho e Marcos Verissimo apresentam resenhas bem interessantes sobre a jurisprudência e prática europeias.

37. Que acabou de se tornar economista chefe da Comissão de Concorrência Europeia.

38. Comanor e Scherer, citados pela OCDE (2008), indicam o parâmetro de 50% ou um HHI acima de 1800.

PESQUISAS DO EDITORIAL**Veja também Doutrina**

- Acordo para fixação de preços de revenda, ilegalidade per se e regra da razão. Uma análise acerca da jurisprudência norte-americana, de Mariana Rebuzzi Sarcinelli Lopes – *RIBRAC* 20/39;
- A teoria antitruste no Brasil: fundamentos e estado da arte, de Marina Moreira da Gama – *RIBRAC* 12/111;
- Fixação de preços de revenda (*Resale-Price Maintenance* – FPR): elementos para um roteiro de investigação, de César Mattos – *RIBRAC* 8/27;
- *Resale Price Maintenance, suggested retail price* e o caso kibon: uma análise crítica do ponto de vista da doutrina e jurisprudência nacional, norte-americana e europeia, de Rodrigo Surcan dos Santos – *RIBRAC* 13/133; e
- Restrições verticais: efeitos anticompetitivos e eficiências, de Jorge Fagundes – *RIBRAC* 12/107.